إثبات الدعوى بالنكول في الفقه الإسلامي
دراسة مقارنة

د. نجم الدين قادر كريم الزنكي*

التعريف بالبحث:

يسعى هذا البحث إلى دراسة « النكول » بوصفه طريقاً من طرق الإثبات القضائي، في الفقه الإسلامي، بمذاهبه المختلفة؛ فيعالج ما يتعلق به مفهوماً وأحكاماً وآثاراً قضائيةً. وقد اتَّخذت الدراسة منهجاً وصفياً استنباطياً، بغية تمهيد البحث في تأصيل هذا المفهوم والتعرف على أحكامه وتكييفه الفقهي والتماس آثاره في مجالات الإثبات المدني والجنائي. وقد خلُصَت الدراسة إلى أنَّ النكول طريقة من أهم الطرق القضائية للإثبات، غير أن المذاهب الفقهية اختلفت هل يكون النكول حجة بذاته؟ فذهب فريق منهم إلى أنه حجة نافذة. وقال آخرون: حجة بشرط رد اليمين على المدعي؛ بينما ذهبت الظاهرية إلى أنه لا يكون حجةً مطلقاً؛ بل يؤمر بحبس الناكل وضربه حتى يقر أو يحلف، فلا يقضى له بمجرد نكول خصمه. وذهب الإمام ابن تيمية وابن القيم إلى صحة القضاء بالنكول؛ أما الردُّ إلى المدَّعي فيدور مع المصلحة والحكمة التي يراها القاضي ويستجليها من ظروف الواقعة وملابسات القضية. ويرجح هذا البحث الرأي الأخير، وبذلك يكون النكول حجةً، غير أن اعتباره في الواقعة حجةً بذاتها أو مع رد اليمين يخضع للاعتبارات المصلحية التي يقتضيها تحقيق قواعد العدالة والإنصاف.

* أستاذ مشارك في جامعة الشارقة، ولد في السليمانية، العراق، عام ١٩٧٥م، حصل على درجة الماجستير في الفقه وأصوله من الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا عام ٢٠٠٠م، وكان عنوان رسالته: « الاجتهاد في مورد النص دراسة أصولية مقارنة »، وحصل على درجة الدكتوراه من الجامعة نفسها عام ٢٠٠٣م، وكان عنوان رسالته: « نظرية السياق دراسة أصولية »، كما حصل على درجة الدكتوراه في القانون المدني من جامعة ملايا بماليزيا عام ٢٠١٠م، وكان عنوان رسالته: « قوانين السنهوري المدنية للدول العربية وأهميتها التشريعية في ميزان القوانين الحديثة والشريعة الإسلامية ». له عدد من الكتب والبحوث المنشورة.

المقدمة

تتميز الشريعة الإسلامية عن غيرها من الدساتير والشرائع والقوانين بأنها شريعة ربانية غير محرَّفة، وهذه السمة هي التي جعلتها خالدة مخلَّدة، صالحةً مُصلحةً لكل زمان ومكان، حيث إن ميزة المصدر السماوي المنزه تضفي دلالةَ حياةٍ وقوةً على بنود أحكامها، وتُظهر بدائع انسجامها، وتجسّد مظاهر تنوعها وتعدد أدلتها في وحدة تكامل شاملة، فتساير مستجدات الحياة البشرية في انسجام وتوافق تام وفي استجابة متميزة لمتطلبات الكيان الإنساني ووظيفته في الكون.

وفقهاؤنا المسلمون قد أكسبتهم معرفة الشريعة خصائصَ ومميزاتٍ قلما تتوافر في غيرهم؛ بل نكاد نقول: ليس هناك من يداني فقهاءنا ويعلوهم شأناً في التمكن من معالجة الواقع البشريّ برمَّته، في ظلال النصوص التشريعية ومقاصدها، على الرغم من تباعد الزمان بها، وتكاثر الوقائع واستبدادها، وتوارد النوازل واستجدادها، في عصور الإسلام المتلاحقة.

وفقه القضاء يُعدُّ من أهم الجوانب التشريعية خطورةً، وأبرزها سلطاناً على الواقع البشري، حيث إن تحقيق العدل والمساواة، وبسط الرخاء والأمن، وطمأنة المجتمع أفراداً وجماعاتٍ، حكاماً ومحكومين، على ضروراته وحاجاته، وحقوقه وحظوظه، في الحياة، من المهمات التي يضطلع بها القضاء، فتقوم عليه أسس الفصل في الخصومات، ودعائم الإلزام بالواجبات، على أن أحكام القضاء تتسم بصفة الإلزام من ناحية، وتدور في فلك الاجتهاد التطبيقي من ناحية أخرى. والقاضي في الشريعة الإسلامية وسط بين طرفين مختصمين، بين الحكام والمحكومين، بين الظالمين والمظلومين، بين الحق والباطل، وبين الجنة والنار!

وفضلاً عن شهادة نصوص الكتاب والسنة، بأن هذه الأمة أخرجتْ للناس لتُقيمَ ميزان القسط في الأرض، فإن الفقه الإسلامي ظلَّ يملك من الضوابط والتشريعات والقيم الأخلاقية ما يسابق به التشريعات الوضعيَّة، وظل قادراً دوماً على ردّ سهام النقد المتواصل الموجه إليه من خصومه المدَّعين لتعثره، الذين روَّجوا لضعفه وحاولوا إثبات عجزه عن مسايرة الواقع وتلبية مسجداته؛ بحجة تطور علوم النفس والاجتماع والعمران البشري وتغير الأنماط السلوكية والاجتماعية بشكل هائل؛ ما يجعل الفقه الإسلامي واقفاً على عتبة الحياة المعاصرة لا يدخلها إلا حرجاً ضّيقاً كأنّما يصَّعَّد في السماء، على حد زعمهم.

أقول: إن الفقه الإسلامي بمعالجته لهذه المسألة التي نحن بصددها، ولغيرها من القضايا الفقهيَّة الشائكة العتيدة، قد أثبت أنه منظومة قانونية راقية تراعي مبادئ العلوم الاجتماعية بشكل واسع النطاق، ويكفي ما ناقشه العلماء في هذه المسألة « الإثبات بالنكول » برهاناً على صلاحية الفقه الإسلامي، وامتلاكه لعناصر المرونة والقوة؛ فقد بحثوا النكول على حقيقته، واكتشفوا جميع عناصره، وأحاطوا بجميع الظروف والدواعي والملابسات التي تكتنف النكول وتحتضنه؛ ليُلَبُّوا له حكماً، ويكيِّفُوه شرعاً.

أهمية الدراسة:

تعود أهمية دراسة النكول إلى أنه من أهم طرق الإثبات؛ حتى إن ابن رشد قال: « القضاء يكون بأربع: بالشهادة، وباليمين، وبالنكول، وبالإقرار أو بما تركَّب من هذه »[1]

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد القرطبي، ص٨٢٨.

بـــل عدَّه الحنفية الطريقة الثالثة من طرق الإثبات الثلاث عندهم، فقد جاء في فتح القدير أن « الحكم من القاضي يكون بأمور ثلاثة: البينة والإقرار والنكول »[(١)].

وقال ابن عابدين: « بلغت طرق القضاء ثلاثاً: البينة والإقرار والنكول »[(٢)].

هيكل الدراسة:

لقد سرت في منهـــج المعالجة لهذا الموضوع على تقســيم البحث إلى مبحث تمهيدي، وثلاثة مباحث أساسية.

أما **المبحـــث التمهيدي** فقد جعلتـــه للتعريف بالإثبات بوصفـــه مصطلحاً قضائياً، وتناولت فيه تعريف الإثبات لغةً واصطلاحاً، والمقصود منه، ومن يُكلَّفُه؟ وهل يتوقف القضاء بالإثبات على الطلب؟ والحجج الشرعية التي تثبت بها الدعوى إجمالاً.

وأما **المبحث الأول** فقد بحثت فيه حقيقة النكول، وضمَّنتُه فقرات في تعريف النكول لغةً واصطلاحـــاً، وما يُعَدُّ نكولاً في مجلس القضاء، والنكول عن حضور مجلس القضاء، وما يقضى فيه بالنكول.

وأما **المبحث الثاني** فقد عقدته للتكييف الشرعي للنكول عند الفقهاء، ذاكراً ومناقشاً أدلَّتهم، موضحاً لها ومحرّراً.

وأما **المبحث الثالث** فقد جعلته بياناً للحكم الشرعي الذي يتعلق بالنكول، وبيَّنتُ في ذلك خمســـة مذاهب، وناقشت فيها الأدلة مع الترجيح بالدليل. ثم جاءت الخاتمة، وفيها استخلاص نتائج البحث.

---

(١) نتائج الأفكار في كشــف الرمــوز والأسرار المعروف بتكملة فتح القدير، شـــمس الدين أحمد بن محمود الرومي المعروف بقاضي زاده، ج٨، ص١٦٧.

(٢) رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، محمد أمين بن عمر بن عابدين، ج٥، ص٥٤٦.

المبحث التمهيدي

التعريف بالإثبات والدعوى وأحكامهما

بـما أن موضوع البحث هو « إثبات الدعوى بالنكول »؛ فإنَّ من الضَّروري التعريفَ بمصطلح الإثبـات والدعوى، وذلك لتوقف معرفة حقيقـة النكول عليهما، ولتوضيح بعـض الجوانب المتعلقة بطرق إثبـات الدعوى في القضاء، حيـث إن مصطلح النكول جزئي يندرج تحت أحـكام كليّه الذي هو « أحكام إثبات الدعوى »، وقد ثبت عند أهل العلم أن معرفة الجزئي دائرة مع معرفة الكلي الذي يندرج تحته، وأن الفرع يدل على معنى الأصل وزيادة تسـتقل به وتميزه عما يشركه من الجزئيات والأفـراد. وإليك بيان حقيقة « الإثبات » و« الدعوى » فيما يأتي:

١ - تعريف الإثبات والدعوى لغةً واصطلاحاً.

وردت مادة « ثبت » في اللغة لتدل على دوام الشيء واسـتقراره وصحته، يقال: ثبت الشيء يثبت ثبوتاً: دام واستقر، وثبت الأمر: صح. ويتعدى بالهمزة والتضعيف، فيقال: أثبته وثبّته، بمعنى: جعل الشيء دائماً مستقراً أو عدَّهُ صحيحاً[١].

والإثبات كما يعرّفه رجال القانون هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطريقة التي يحددها القانون على وجود حق متنازع عليه[٢].

(١) المصباح المنير، أحمد بن محمد الفيومي، ص٣١.
(٢) الإثبات في المواد المدنية، عبدالمنعم فرج الصدة، ص٥؛ الوسـيط في شرح القانون المدني، عبدالرزاق أحمد السنهوري، ج٢، ص١٤.

ومن منظور الفقه الإسـلامي عرّفه كل من الدكتور محمد الزحيلي والدكتور عبدالله الركبان بـأنه « إقامة الحجة أمام القضاء بالطرق التي حدَّدتها الشريعةُ على حقّ أو واقعة تترتب عليها آثار شرعية »[١].

والتعريف يتفق مع تعريف الموسـوعة الفقهية للإثبات بأنه: إقامة الدليل الشرعي، أمام القاضي في مجلس قضائه، على حـقٍّ أو واقعةٍ من الوقائع تترتب عليها آثار. فإذا قام الدليل أمام القاضي، بالطرق المعتبرة، على حق أو على واقعة معينة، ترتبت الآثار الشرعية المبنية على صحة ذلك الدليل[٢].

أما الدعوى في اللغة العربية فاسم لما يدعى، وتأتي مادتها للدلالة على الطلب والتمني، كقولـه تعالى: ﴿ لَهُمْ فِيهَا فَٰكِهَةٌ وَلَهُم مَّا يَدَّعُونَ ﴾ [يس: ٥٧]، وتأتي بمعنى الدعاء كقوله تعالى: ﴿ دَعْوَىٰهُمْ فِيهَا سُبْحَٰنَكَ ٱللَّهُمَّ وَتَحِيَّتُهُمْ فِيهَا سَلَٰمٌ ﴾ [يونس: ١٠]، وتسـتعمل كثيراً بمعنى إضافة الإنسان إلى نفسه شيئاً له على الغير، ويقال: ادعاه: صيَّره يُدعى إلى غير أبيه، وادعى كذا: زعم أنَّهُ له، حقاً أو باطلاً[٣].

وقد عرف القرافي الدعوى اصطلاحاً فقال: « الدعوى الصحيحة: طلبُ معيَّنٍ أو ما في ذمـة معيَّنٍ أو ما يترتب عليه أحدهما، معتبرةٌ شرعاً، لا تكذبها العادة. فالأول كدعوى

(١) وسـائل الإثبات في الشريعة الإسـلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، محمد الزحيلي، ج١، ص٢٣؛ النظرية العامة لإثبات موجبات الحدود، عبدالله العلي الركبان، ج١، ص٨٣.
(٢) موسوعة الفقه الإسلامي، ج٢، ص١٣٦؛ الموسوعة الفقهية، ج١، ص٢٣٢.
(٣) انظر القاموس المحيط، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، ص١١٧٩.

أن السلعة المعينة اشتراها منه أو غصبت منه. والثاني كالديون والسلم...والثالث كدعوى المرأة الطلاق »(١).

وعرفها الدكتور محمد نعيم ياسين من المعاصرين بقوله: « قول مقبول أو ما يقوم مقامه في مجلس القضاء، يقصد به إنسان طلب حق له أو لمن يمثله أو لحمايته »(٢).

٢- المقصود من إثبات الدعوى.

شُرِعَ الإثباتُ من أجل وصول المدعي إلى حقه، أو حمايته من التعرض له بوجه من وجوه الأذى المعتبرة في الشريعة الإسلامية، وذلك كالنيل من كرامة الإنسان، وإهدار إنسانيَّته، والفتك بجسمه، وانتهاك حرمة دمه وماله، والتعرض بالأذى لعرضه، والإخلال بصحته النفسيَّة والعقليَّة، وما إلى ذلك من صنوف الأذى والابتزاز، وضروب الاعتداء. فإذا أثبت دعواه لدى القاضي بوجهه الشرعي المعترف به، وتبيّن أن المدعى عليه قد منعه حقه، أو تعرض له بغير حق، منَعَهُ القاضي عن تمرده في منع الحق، وأوصل الحق إلى أهله ومستحقه(٣).

(١) الفروق، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، ج٤، ص٧٠.
(٢) انظر نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، محمد نعيم ياسين، ص٨٣.
(٣) انظر درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، ج٤، ص٥٧٢.

٣- من يُكلَّفُ إثباتَ الدعوى؟

الأصـل في الإثبات عند الفقهـاء قوله ﷺ: « البينة على المدعـي، واليمين على من أنكـر »[١]، وحديث: « لَوْ يُعْطَـى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لادَّعَى نَاسٌ دِمَـاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالهم؛ وَلَكِنَّ اليَمِينَ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ »[٢].

وبناءً على النصين السـابقين، فقد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أن الإثبات يطلب مـن المدعي. وحكمة ذلـك أن المدَّعي يدَّعي أمراً خفياً غيرَ ظاهـر، فيحتاج إلى إظهار، والبينة تقوى على إظهاره، وذلك لأن البينة تقوم بكلام الشـهود الذين ليسـوا طرفاً في الخصومـة، وذلك بخلاف اليمين، حيث إنها من كلام المدعـى عليه الذي هو طرف في الخصومة، لكن لما كان للمدعى عليه ظاهر اليد أو البراءة الأصلية لم يحتج في المخاصمة إلا

(١) جزء من حديث أخرجه البيهقي بسـنده عن ابن عباس رضي الله عنهما قـال: كَتَبَ ابْنُ عَبَّاس رَضِيَ الله عَنْهُمَا، أَنَّ رَسُـولَ الله ﷺ، قَالَ: « لَوْ يُعْطَى النَّـاسُ بِدَعْوَاهُمْ لادَّعَى رِجَالٌ أَمْوَالَ قَوْمٍ وَدِمَاءَهُمْ، وَلَكِنَّ البَيِّنَةَ عَلَى المُدَّعِي، وَاليَمِينَ عَلَى مَنْ أَنْكَر». وأخرج البخاري، بسـنده عن نَافِع بْن عُمَرَ عَن ابْنِ أَبِي مُلَيْكَةَ قَـالَ: كَتَبْتُ إِلَى ابْنِ عَبَّاس، فَكَتَبَ إِلَيَّ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ، قَضَى أَنَّ اليَمِينَ على المدَّعى عليه»، ولم يذكر «البينة على المدعي». وعند الترمذي بسنده عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْب، عَنْ أَبِيه، عَنْ جَدِّه، أَنّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ فِي خُطْبَتِه: « البَيِّنَـةُ عَلَى المُدَّعِي، وَاليَمِينُ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ»، وقال: هَذَا حَدِيثٌ فِي إِسْـنَاده مَقَالٌ. مُحَمَّدُ بْنُ عُبَيْدِ الله العَرْزَمِيُّ يُضَعَّفُ فِي الحَدِيثِ مِنْ قِبَلِ حِفْظِه، ضَعَّفَهُ ابْنُ المُبَارَكِ وَغَيْرُهُ. السـنن الكبرى، أبو بكر أحمد بن الحسـين البيهقي، باب البينة على المدعي، حديث (٢١٢٠١)، ج١٠، ص٤٢٧؛ صحيح البخاري، أبو عبدالله محمد بن إسـماعيل البخاري، باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه، حديث (٢٥١٤)، ج٣، ص١٤٣؛ سـنن الترمذي، أبو عيسـى محمد بن عيسـى الترمذي، باب ما جاء في أن البينة على المدعي، حديث (١٣٤١)، ج٣، ص١٩؛ نصب الراية لأحاديث الهداية، جمال الدين بن يوسـف الزيلعي، ج٤، ص٩٥-٩٦.

(٢) أخرجه مسـلم. صحيح مسـلم، مسـلم بن الحجاج القشـيري، باب اليمين على المدعى عليه، حديث (١٧١١)، ج٣، ص١٣٣٦.

إلى إثبات استمراريّته واستصحابه لحاله الأصلية، واليمين صالحة للاحتجاج على الدوام والاستمرار والاستصحاب. وبذلك يتبيّن أن هذه القاعدة النبوية أصل في العدالة، وغايةٌ في الحكمة، ووضع للأشياء في مواضعها(١).

ويجب على القاضي أن يجتهد في تحقيق مناط هذا الأصل، وذلك بأن يعرف مَنِ المدعي ومن المدعى عليه، فإن المعتبر في هذا الأصل هو المعنى وليس الصورة. وقد وضعت المذاهب الفقهية معايير عدة لتمييز المدعي من المدعى عليه(٢) فمعيار الحنفية كما يقول المرغيناني: «المدعي من لا يُجبَرُ على الخصومة إذا تركها، والمدَّعى عليه من يُجبر على الخصومة»(٣) وعلى هذا فلا تلازم بين الصورة والمعنى، فقد يوجد الكلام من شخص في صورة المدعي وهو إنكار في المعنى، كالوديع إذا ادعى ردَّ الوديعة، فإنه مدع للرد صورة، وهو منكر لوجوب الرد معنىً(٤).

ويرى المالكية أن المدعي «من تجردت دعواه عن أمر يصدّقه أو كان أضعف المتداعيين أمراً في الدلالة على الصدق»(٥).

---

(١) انظر بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاءالدين أبوبكر بن مسعود الكاساني، ج٥، ص٣٣٦-٣٣٧؛ الهداية في شرح بداية المبتدي، برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، ج٣، ص١٥٤.

(٢) انظر نظرية الدعوى، محمد نعيم ياسين، ص١٦٩-١٩٩.

(٣) الهداية، المرغيناني، ج٣، ص١٥٤.

(٤) انظر بدائع الصنائع، الكاساني، ج٥، ص٣٣٦؛ نهاية المطلب في دراية المذهب، عبدالملك بن عبدالله بن يوسف الجويني، ج١٩، ص٨٩؛ مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج للنووي، محمد بن محمد الخطيب الشربيني، ج٦، ص٤٤٦؛ المغني مع الشرح الكبير، موفق الدين ابن قدامة المقدسي، ج١١، ص٤٥١؛ الروض المربع بشرح زاد المستقنع، منصور بن يونس البهوتي، ص٥٢٧.

(٥) الإشراف على نكت مسائل الخلاف، القاضي عبدالوهاب البغدادي، ج٣، ص٢٧١.

ومن معايير الشافعية أن من أنكر حقاً للغير فهو المدّعى عليه، ومن حاول إثبات حقه على غيره فهو المدّعي[١] يقول النووي في المنهاج: « المدعي من يُخالف قولُه الظاهرَ، والمدَّعى عليه من يوافقه »، ويقول شارحه الشربيني: « المدَّعي من لو سكت خُلّي ولم يطالَب بشيء، والمدَّعى عليه من لا يُخلَّى ولا يكفيه السكوت »[٢].

ويجمع الحنابلة بين معيارين اثنين، وهما المطالبة مع حرية الترك. قال البهوتي: المدعى عليه من يُطالبه غيره بحق، وإذا سكت عن الجواب لم يُترك[٣].

والمعيار الذي تبناه الحنفية هو الأسلم والأرجح؛ لأنه أكثر الضوابط تحقيقاً لغاية التمييز بين المتداعيين، وهي تحمُّل عبء الإثبات؛ ولكن دون أن يهمل القاضي بقية المعايير، فإن الاستعانة بها جميعاً أولى. لذا كان الأحرى بقوانين بعض الدول الإسلامية أن تستنير بهذه المعايير الفقهية للتمييز بين حقيقة المتداعيين، لما لهذا التحديد من أهمية تظهر في إلقاء عبء الإثبات على المدَّعي، وتحمله مصاريف الدعوى إذا قضي فيها بعدم الاختصاص أو ببطلان صحيفتها أو بعدم قبولها أو برفضها، كما يفيد ذلك في تحديد المحكمة المختصة محلياً في نظر الدعوى؛ وكذلك تختلف القواعد المتعلقة بغياب المدعي عن قواعد غياب المدعى عليه[٤].

(١) انظر نهاية المطلب في دراية المذهب، إمام الحرمين الجويني، ج١٩، ص٨٩-٩٢.
(٢) مغني المحتاج، الشربيني، ج٦، ص٤٤٦.
(٣) انظر كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس البهوتي، ج٤، ص٢٢٧.
(٤) انظر نظرية الدعوى، محمد نعيم ياسين، ص١٩١-١٩٩؛ وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، محمد الزحيلي، ج٢، ص ٦٤٨-٦٧١.

٤- هل يتوقف القضاء بالإثبات على الدعوى؟

اشترط الفقهاء في صحة القضاء بالإثبات واعتبار الحكم به في حقوق العباد، أن تكون هناك دعوى صحيحة، وأنه لابُدَّ في ذلك من الخصومة الشرعية؛ فإذا صحت الدعوى لدى القاضي سأل المدعى عليه، فإن أقرّ بها ثبتت آثار الدعوى، وإن أنكرها طلب من المدعي البرهان، فإذا أتى المدّعي بدليله قضى له القاضي، بلا طلب المدعي للإثبات بالحكم في الدعوى، عند الحنفية والمالكية والشافعية في الأصح، وهو رواية عند الحنابلة، وذلك لأن برهان المدعي دليل على حرصه في طلب حقه، فلم يحتج إلى توكيده. بينما ذهب الحنابلة والشافعية في رأي لهم إلى أن القاضي لا يجوز له الحكم على المدعى عليه إلا بعد طلب المدعي، وذلك لأن استحقاق الشيء يختلف عن استيفائه، والمدعي ببرهانه أثبت الاستحقاق ولم يطلب الاستيفاء، فلا ينبغي للقاضي التدخل في حق المدعي، وينبغي ألا يستوفيه إلا بطلبه[١].

٥- الحجج الشرعية التي تثبت بها الدعوى.

للفقهاء اتجاهان في بيان الطرق الشرعية لإثبات الدعوى، كما يأتي:

الاتجاه الأول: ذهب جمهور الفقهاء إلى حصر طرق الإثبات في طائفة معينة من الأدلة القضائية يتقيد بها الخصوم، ولا يقبل منهم غيرها من الأدلة ولو كانت مقنعة[٢] والذي اتفقوا عليه من الأدلة هو الإقرار والشهادة واليمين والنكول والقسامة،

(١) انظر المغني، ابن قدامة، ج١١ ص٤٥٠-٤٥١؛ موسوعة الفقه الإسلامي، ج٢، ص١٣٦-١٣٧.
(٢) انظر موسوعة الفقه الإسلامي، ج٢، ص١٣٦-١٣٧.

على خلاف بينهم في بعض التفاصيل؛ فهذه حجج شرعية يعتمد عليها القاضي في حكمه وقضائه(١).

وقد اختلفوا فيما وراء المتفق عليه من الأدلة القضائية الأخرى، فذهب الإمام مالك والشافعي وأحمد إلى الإثبات بالشاهد مع اليمين في الأموال وما يتعلق بها، وهو رأي أبي ثور والفقهاء السبعة المدنيين، بينما ذهب الإمام أبو حنيفة والثوري والأوزاعي وجمهور أهل العراق إلى أنه لا يقضى باليمين مع الشاهد مطلقاً(٢).

وأضاف الحنفية والشافعية إلى ذلك علم القاضي - بشروطه المعينة - والقرينة الواضحة التي تصيّر الأمر في حيِّز المقطوع(٣).

وجملة الأدلة القضائية الواردة الذكر في كتب الفقه هي: الإقرار، والشهادة، واليمين، والشاهد واليمين، والنكول، وعلم القاضي، والقرينة، والخط والقسامة، والقيافة، والقرعة، والفراسة، والكتابة، والخبرة، والمعاينة(٤).

الاتجاه الثاني: ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى اعتماد كل الأدلة المقنعة التي تثبت

---

(١) انظر نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ابن شهاب الرملي، ج٨، ص٣١٤؛ الموسوعة الفقهية، ج١، ص٢٣٣.

(٢) انظر المغني، ابن قدامة، ج٩، ص١٤٥؛ بداية المجتهد، ابن رشد، ص٨٢٨؛ بحوث فقهية في قضايا معاصرة، عارف علي عارف، ص٧٨.

(٣) المصادر السابقة، والإشارات السابقة.

(٤) انظر فقه القضاء والدعوى والإثبات، محمد الزحيلي، ص٢٢٥-٣٢٤؛ موسوعة الفقه الإسلامي، ج١ ص١١٣٦-١٣٧. وورد في الطرق الحكمية للإمام ابن القيم ذكر هذه الأدلة مع مناقشتها مقرونة بالترجيح والتأصيل، فليراجع.

الدعوى ويراها القاضي منتجةً فيها؛ فهؤلاء لا يرون تحديد حجج معينة يتقيد بها الخصوم أو القــاضي في الإثبات. ويعد الإمام ابن القيم (رحمه الله) من أكبر أنصار هذا الرأي، فقد قال: « إذا ظهرت أمارات العدل، وأسفر وجهه بأي طريق كان، فثمَّ شرع الله ودينه، فأي طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين، وليست مخالِفةً له »[(١)].

ويقــول أيضاً: « والمقصود أن البينة في الشرع اســم لما يبيِّن الحقَّ ويُظْهره، وهي تارةً تكون أربعة شــهود، وتارة ثلاثة، بالنص في بينة المفلس، وتارة تكون شاهدين، وشاهداً واحداً وامرأة واحدة، ونكولاً، ويميناً، أو خمســين يميناً، أو أربعة أيمان، وتكون شــاهد الحــال في صور كثيرة. فقوله ﷺ: « البينة على المدعي »، أي: عليه أن يظهر ما يبيِّن صحة دعواه، فإذا ظهر صدقه بطريق من الطرق، حكم له »[(٢)].

۞ ۞ ۞

(١) انظر الطرق الحكمية في السياســة الشرعية، شــمس الدين محمد بن أبي بكر ابــن قيم الجوزية، ص١٦؛ نظام المرافعات: دراســة فقهية مقارنة بين الشريعة والقانــون المدني الأردني، عبدالوهاب خيري العاني، ص٢٦١-٢٧١.

(٢)-الطرق الحكمية، ابن القيم، ص٢٤.

المبحث الأول
حقيقة النكول

لقد درج العلماء في تنزيل الحكم على الأمور أن يمهدوا له بإعطاء تصور يميز ماهية المحكوم عليه، وذلك ليكون حكمهم على الأمور مناسباً للواقع ومحيطاً بجوانبه، وهم يرددون في ذلك قاعدة عظيمة تقول: « الحكم على الشيء فرع تصوره ». وسيراً على مسلكهم القويم آثرت أن أقدم بين يدي القارئ مبحثاً مستقلاً يمهد له تصور (النكول) على حقيقته، حتى يتسنى له الحكم عليه سلباً أو إيجاباً. وإليك بيانه فيما يأتي:

أولاً: تعريف النكول لغةً واصطلاحاً.

أ- تعريف النكول لغةً:

« النكول » مصدر نَكَلَ ينكِلُ وينكُل نكولاً، بمعنى نكص. يقال: نكل عن العدو وعن اليمين، ينكل: جبُن، والناكل: الجبان، والنكل من التنكيل، وهو المنع والتنحية عما يريده الإنسان. ومنه النكول في اليمين، وهو الامتناع منها، وترك الإقدام عليها[١].

ب- تعريف النكول اصطلاحاً:

عرَّف بعض الفقهاء النكول بأنه: « امتناع من وجبت عليه اليمين أو له من اليمين »[٢]، فالنكول إذاً هو الامتناع عن الحلف، بأن يقول بعد توجيه اليمين إليه:

---

(١) لسان العرب، ابن منظور، ج١١، ص٦٧٧-٦٧٨.

(٢) منح الجليل على مختصر خليل، أبو عبدالله محمد أحمد عليش، ج٤ ص٣٣٥؛ انظر القضاء والإثبات في الفقه الإسلامي، عبد الفتاح محمد أبو العينين، ص٣٤٥.

لا أحلـف، أو أنا نـاكلٌ، أو أن يسكت، فلا يجيب، مـن غير عذر كآفـةٍ أو رهبة من مجلس الحكم[١].

ثانياً: ما يُعدّ نكولاً في مجلس القضاء.

لقد قسم الفقهاء ما يعدُّ نكولاً إلى قسمين، وهما:

أ) ما يعدُّ نكولاً حقيقةً: وهذا القسم يكون بقول المدعى عليه: لا أحلف، أو أنا ناكلٌ. فهذا القسم لا خلاف بين الفقهاء - القائلين بالنكـول- في أن قوله يُعدّ نكولاً حقيقة، لصراحة قولـه في ذلك، بحيث لو طلب العود إلى الحلف بعد ذلك، ولم يرض المدعي، لم يجب استحلافه. ويجوز الحكم على المدعى عليه إذا نكل أول مرة عن حلف اليمين، لكن الأولى أن يكلّف اليمين ثلاث مرات؛ ليكون أقطعَ في إبلاغ العذر[٢].

ب) ما يُعدّ نكولاً حكماً: وذلك بأن يعرض القاضي اليمين عليه ثلاث مرات ويسكت في كل مـرة ولا يُجيبه، فيرى جمهور الفقهاء مـن الحنفية والمالكية والشـافعية والحنابلة والظاهرية أن سـكوته بعد عرض اليمين إذا لم يكن لعارض كدهشة أو طرش أو خرس أو نحـو ذلك من الآفات التي تمنعه من الكلام، فإنَّه يُعدّ نكولاً كذلك، وذلك لأنه امتنع عن اليمين المستحقة عليه.

(١) انظر تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، برهان الدين إبراهيم بن فرحون، ج١، ص١٦٢؛ القضاء والإثبات، أبو العينين، ص٤٠٠.

(٢) انظر معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، علاء الدين الطرابلسي الحنفي، ج١ ص٩٧؛ نهاية المحتاج، الرملي، ج٨، ص٣٥٧؛ المغني، ابن قدامة، ج٩ ص٢٣٥-٢٣٦؛ المحلى، ابن حزم الظاهري، ج٩، ص٣٧٤؛ درر الحكام، علي حيدر، ج٤، ص٦٥٠.

واختلف الفقهاء: هل للقاضي أن يحكم بمقتضى نكوله بعد سكوته مباشرة؟ فذهب المالكية والشافعية إلى ضرورة صدور حكمٍ من القاضي بنكوله بعد هذا السكوت، بأن يقول: جعلتك ناكلاً أو نكَّلتك، وذلك لأن السكوت ليس صريحاً في النكول. وذهب الآخرون إلى أن للقاضي الحكمَ بذلك مباشرة؛ بدليل أنه لو سكت عن جواب الخصم يجعله القاضي مجيباً له، فكذا ههنا. ويرى الشافعية أن القاضي لو توسَّم من المستحلف جهْلَه بحكم النكول، وجب عليه أن يعرّفه له، بأن يقول: إن نكولك يوجب حلف المدعي، وأنه لا تُسْمع بينتُك بعده[1].

وهناك قضية أخرى تطرح نفسها في هذا السياق، وهي ما لو طلب الناكل العودة إلى الحلف بعد قضاء القاضي بالنكول أو بمقتضى النكول، ففي هذا الصدد يقول الطرابلسي الحنفي: « ولو قال المدعى عليه، بعد ما نكل عن اليمين ثلاث مرات: أنا أحلف، يحلّفه قبل القضاء بالنكول، وبعد القضاء لا يحلّفه؛ لأنه قبل القضاء أثَّر في إبطال كلام المدعي فاعتُبِرَ، وبعد القضاء أثَّر في إبطال القضاء فلم يعتبر، وصار كرجوع الشهود، قبل القضاء معتبر وبعده لا، إلاَّ في حق الضمان، لما فيه من إبطال القضاء »[2].

(١) انظر تبصرة الحكام، ابن فرحون، ج١، ص١٦٢؛ معين الحكام، الطرابلسي، ج١ ص٩٧؛ بدائع الصنائع، الكاساني، ج٥، ص٣٤٤-٣٤٥؛ الهداية، المرغيناني، ج٣، ص١٥٦؛ منح الجليل، عليش، ج٤ ص٣٣٥؛ نهاية المطلب، الجويني، ج١٩، ص١٠٠-١١١؛ المغني، ابن قدامة، ج٩ ص٢٣٥-٢٣٦؛ الروض المربع، البهوتي، ص٥٢٣؛ المحلى، ابن حزم، ج٩، ص٢٧٢؛ القضاء بالأيمان والنكول، عبدالفتاح محمود إدريس، ص٣٥٢-٣٥٣.

(٢) انظر معين الحكام، الطرابلسي، ج١، ص٩٧؛ درر الحكام، علي حيدر، ج٤، ص٦٥١.

ثالثاً: النكول عن حضور مجلس القضاء.

استدلَّ بعض الفقهاء بقوله تعالى: ﴿وَإِذَا دُعُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحۡكُمَ بَيۡنَهُمۡ إِذَا فَرِيقٞ مِّنۡهُم مُّعۡرِضُونَ ٤٨ وَإِن يَكُن لَّهُمُ ٱلۡحَقُّ يَأۡتُوٓاْ إِلَيۡهِ مُذۡعِنِينَ ٤٩ أَفِي قُلُوبِهِم مَّرَضٌ أَمِ ٱرۡتَابُوٓاْ أَمۡ يَخَافُونَ أَن يَحِيفَ ٱللَّهُ عَلَيۡهِمۡ وَرَسُولُهُۥۚ بَلۡ أُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ﴾ [النور ٤٨-٥٠]، على وجوب إجابة الحاكم، والإثم بتأخرها. قال الإمام القرطبي: « واجب على كل من دعي إلى مجلس الحاكم أن يجيب، ما لم يعلم أن الحاكم فاسق، أو يعلم عداوةً بين المدعي والمدعى عليه »[١].

فعلى هذا ذهب كثير من الفقهاء إلى أن من دعي إلى مجلس القضاء وامتنع، حذَّره القاضي، وأرسل إليه، فإن امتنع بعث معه بعض أعوانه ليدْعُوهُ إليه، فإن امتنع طلب منه أن يرسل عنه وكيلاً، وأُبلِغ بأنه إذا لم يرسل فسينصب القاضي عنه وكيلاً، وسيسمع دعوى المدعي وبيِّنتَه. فإذا لم يحضر المدعى عليه بعد ذلك إلى المحاكمة، ولم يرسل وكيلاً، نصب القاضي له وكيلاً يحافظ على حقوقه، وسمع الدعوى والبينة في مواجهة الوكيل المذكور، ودقّقها، فإذا تحقق أنها مقارنة للصحة، حكم بالدعوى بعد الثبوت[٢].

(١) الجامع لأحكام القرآن، أبو عبدالله محمد بن أحمد القرطبي، ج٤، ص٥٠.
(٢) انظر درر الحكام، علي حيدر، ج٤ ص٦٧٧؛ معين الحكام، الطرابلسي، ج١، ص٩٧؛ لمزيد التفصيل عن كيفية دعوة القاضي للمدعى عليه وكيفية إحضاره والإجراءات اللازمة لذلك من منظور الفقهاء ومنظور القوانين الحديثة راجع: نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، محمد نعيم ياسين، ص٥٠٤-٥٢٠.

رابعاً: ما يُقضى فيه بالنكولِ.

القائلون بالنكول طريقاً مثبتةً في القضاء مـــن الأحناف والحنابلة، يرون أنه إذا نكل المدعى عليه عن اليمين، وجب على القاضي أن يحكم عليه بالحق المدعى به، إن كان متعلقاً بالمال. وإن كان النكول عن اليمين في دعوى « القصاص » فلا يخلو إما أن تكون الدعوى في القصاص في النفس أو فيما دون النفس.

فـــإن كانت الدعوى في القصاص بالنفس فعنـــد الإمام أبي حنيفة لا يقضى بالنكول، ويحبـــس المدعى عليه لحين إقراره أو حلفه باليمين. وإن كانت الدعوى تتعلق بالقصاص في الطرَف، فإنه يقضى بالقصاص في العمد، وبالدية في الخطأ. بينما ذهب أبو يوسف ومحمد إلى منع القضـــاء بالنكول في القصاص مطلقاً، في النفـــس أم في الطرف، ويحكم القاضي بالديـــة في النفس، وبالأرش في الأطراف. ومدار الاختلاف بينه وبينهما أن أبا حنيفة يرى أن النكول بذلٌ[(١)]، وأبا يوســـف ومحمداً يريان أنه إقرار، والإقرار بطريق الســـكوت فيه شبهة العدم، والقصاص يدرأ بالشبهات، وإذا ســـقطت المسؤولية الجنائية وجب بدلُها، وهو المسؤولية المدنية، فيجب التعويض بالمال، وهو الدية[(٢)].

هذا، وإذا كان النكول عن الحلف في دعوى « السرقة » وجب الحكم على المدعى عليه بالمال، لا بالقطع؛ لأن النكول حجة في الأموال، دون الحدود الخاصة لله تعالى[(٣)].

---

(١) البذل: الإباحة، وسيأتي بيانه.

(٢) انظر بدائع الصنائع، الكاســـاني، ج٥، ص٣٤٦، ص٥١٦-٥١٧؛ الـــروض المربع، البهوتي، ص٥٣٣؛ البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، أحمد بن يحيى بن المرتضى، ج٥، ص٤١٠؛ مسائل من الفقه المقارن، هاشم جميل عبدالله، ج٢، ص٢٨٩-٢٩٠.

(٣) انظر المصادر السابقة والإشارات السابقة.

أما دعـوى « القذف » فيرى أبو حنيفـة أن النكول فيها يوجب الحـدَّ، لأنه بمنزلة القصاص في الطرف. ويرى أبو يوسـف ومحمد أن النكول فيها غير موجب للحد، وإنما يوجب التعزير فقط، وذلك لقيام شـبهة السـكوت في الحد، والحدود تدرأ بالشبهات، عـلى أن بعض الحنفية يرى أنـه لا يقضى فيه بـشيء، بل ولا يحلّف، لأنه حـدٌّ، بمنزلة سائر الحدود[1].

هذا، ولا يصير النكول حجةً عند الحنفية والمالكية يباح للقاضي أن يحكم بناءً عليه إلا إذا توافـرت شروط صحته. فالمالكية لا يقضون بالنكول إلاَّ إذا كان بين المدَّعي والمدَّعى عليه خلطة وسـبب، بخلاف الجمهور. قال المازري: « مذهـب مالك مراعاة الخلطة؛ لضربٍ من المصلحة، وذلك أنه لو وجبت اليمين لكل أحدٍ على كل أحدٍ؛ لابتذل السفهاءُ العلماءَ والأفاضـلَ بتحليفهم مراراً كثيرةً في يوم واحدٍ. فجعل مراعاةَ الخلطة حاجزاً من ذلك »[2] أما شروط القضاء به عند الحنفية فهي بإيجاز ما يأتي:

١- أن يكـون النكول في مجلس القضاء وبعد عرض اليمين فيه؛ فإذا حصل العرض في غير مجلـس القضاء أو حصل العرض فيه والنكول في غـيره، لم تتوفر الحجة، ولم يجز الحكم بالنكول.

(١) انظر بدائع الصنائع، الكاسـاني، ج٥، ص٣٤٦، ص٥١٦-٥١٧؛ الـروض المربع، البهوتي، ص٥٣٣؛ البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، أحمد بن يحيى بن المرتضى، ج٥، ص٤١٠؛ مسائل من الفقه المقارن، هاشم جميل عبدالله، ج٢، ص٢٨٩-٢٩٠.

(٢) المعلم بفوائد مسلم، أبو عبدالله محمد بن علي المازري، ج٢، ص٢٦٣.

٢- أن يكـــون النكول عن يمـــين واجبة على المدعى عليه شرعـــاً، وبناءً على عرض القاضي، فلو امتنع عن اليمين الموجهة من قبل الخصم لم يُعدَّ ناكلاً.

٣- أن لا يكون للمدَّعي بينة حاضرة بمجلس القضاء.

٤- أن لا يكون المدعى به حقاً خالصاً لله تعالى كالحدود وما في حكمها كاللعان.

٥- أن تكون الدعوى صحيحة شرعاً.

٦- أن يكون المدعى به مما يجوز الإقرار به شرعاً من المدعى عليه[1].

❁ ❁ ❁

(١) انظر بدائع الصنائع، الكاساني، ج٥، ص٣٣٨ وما بعدها؛ الهداية، المرغيناني، ج٣، ص١٥٦-١٥٨.

المبحث الثاني
التكييف الفقهي للنكول

لقد أسلفنا في المبحث السابق تعريفاً بالنكول، وفي هذا المبحث سيسلط الباحث الضوء على التكييف الشرعي للنكول حسب ما رآه الفقهاء، وإليك بيان ذلك فيما يأتي:

للفقهاء آراء مختلفة في تكييف النكول شرعاً؛ بين قائل بأنه إقرار أو بدلٌ عنه، وقائلٍ بأنه بذل، وقائل بأنه قائم مقام البينة، وإليك تفصيل ذلك مع أدلة الفرقاء ومناقشتها فيما يأتي:

المذهب الأول:

ذهب الإمام أبو يوسف والإمام محمد بن الحسن من الحنفية إلى أن النكول إقرارٌ فيه شبهة. وقال ابن رشد من المالكية: إنه كالإقرار[١].

وهؤلاء الفقهاء يرون أن نكول المدعى عليه عن حلف اليمين اعتراف، بمعنى قول المدعى عليه: إنني مدين للمدعي بعشرة دنانير، وبذلك يظهر كذبه في إنكاره السابق[٢].

واستندوا في رأيهم هذا إلى جملة أدلة، من أهمها: أن الناكل كالممتنع من اليمين الكاذبة ظاهراً، فيصير معترفاً بالمدعى، إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين؛ لوجود بواعث ذلك من إقامة الواجب ودفع الضرر عن نفسه، على أن فيه تحصيلَ ثواب ذكر الله تعالى على لسانه

(١) بدائع الصنائع، الكاساني، ج٥، ص٣٤٠؛ بداية المجتهد، ابن رشد، ص٨٣٣؛ الطرق الحكمية، ابن القيم، ص١٢٥؛ نهاية المحتاج، الرملي، ج٦، ص٣١٥.
(٢) انظر درر الحكام، علي حيدر، ج٤ ص٦٥١.

تعظيماً له، ودفعَ تهمة الكذب عن نفسه، وإبقاءَ ماله على ملكه، فمع كل هذه البواعث يُعَدُّ سكوته دليلاً على كذبه في الإنكار، إلا أنه لما كان دون الإقرار الصريح، لم يعمل في الحدود والقوَد، لأنه في نفسه سكوت[١].

وقد وجهت إلى هذا الاستدلال اعتراضات، ومنها: أنه لا يصحُّ أن يكون الشخص مقرّاً وهو مصرٌّ على إنكاره، وأن الإقرار إخبار وشهادة على نفسه، فكيف يجعل مقراً شاهداً على نفسه بنكوله؟ على أنه لو كان مقراً لم تسمع منه بينة نكوله بالإبراء والأداء، فإنه يكون مكذباً لنفسه[٢].

المذهب الثاني:

ذهب الإمام أبو حنيفة والإمام أحمد في إحدى الروايتين عنه إلى أن النكول يعدّ بذلاً[٣]. ومعنى البذل ترك المنع لدفع الخصومة، يعني إعطاء المدّعى به لمن يدّعيه، وإباحتُه[٤] فإذا ادعى المدعي عشرة دنانير في ذمة المدعى عليه، وأنكر المدعى عليه، ولدى تكليفه بحلف اليمين نكل عن الحلف، فعند أبي حنيفة ومن حذا حذوه يُعدُّ هذا النكول بذلاً للدنانير العشرة في سبيل دفع الخصومة، وفداءً لتلك العشرة وإباحةً لها للمدعي، فهو غير مدين له في نفس الأمر[٥].

(١) انظر الطرق الحكمية، ابن القيم، ص١٢٥؛ بدائع الصنائع، الكاساني، ج٥، ص٣٤٠-٣٤١.
(٢) انظر الطرق الحكمية، ابن القيم، ص١٢٥.
(٣) انظر بدائع الصنائع، الكاساني، ج٥، ص٣٤٠-٣٤١؛ الطرق الحكمية، ابن القيم، ص١٢٤-١٢٥؛ درر الحكام، علي حيدر، ج٤، ص٦٥٠-٦٥١.
(٤) درر الحكام، حيدر، ج٤، ص٦٥٠.
(٥) المصدر السابق، ج٤، ص٦٥٠-٦٥١.

وحجتهم في ذلك أنه لو اعتبر إقراره، لكان كاذباً في إنكاره، والكذب حرام، فيفسَّق بالنكــول بعد الإنكار، وهذا لا دليل عليه في الـــشرع، فجعلناه بذلاً وإباحةً صيانةً له عما يقدح في عدالته، ويجعله كاذباً، فإن الأصل في المســلمين أن يكونوا عدولاً، والأصل في الذمم أن تكون بريئةً[١].

وقد وجّه العلماء سهام النقد إلى هذا الرأي، وعارضوه بجملة أمور، كما يأتي:

أ) ما دام النكول بذلاً وفداءً وإباحةً وجب أن لا يملك المدعى به قبل القبض؛ مع أن الأحكام التي تصدر بناءً على النكول تنفَّذ جبراً.

وأجــاب بعضهم عن هذا الاعتراض بأن النكــول وإن كان بذلاً وفداءً إلا أنه ليس فداءً وإباحةً من كل وجه، بل هو فداءٌ فيه شــبهة الإقرار، فلذلك يجوز أخذه من المدعى عليه جبراً[٢].

ب) أن الحكم واجب على الحاكم بالنكول ليس لذاته، بل لكونه طريقاً لدفع الخصومة والنزاع[٣].

ت) أن القصـــاص في الأطراف يقضى فيه بالنكول، ولــو كان بذلاً لما قضي به، لأن البذل لا يعمل فيها.

---

(١) انظر الطرق الحكمية، ابن القيم، ص١٢٥؛ درر الحكام، حيدر، ج٤، ص٦٥١؛ بدائع الصنائع، الكاساني، ج٥، ص٣٤٠-٣٤١.

(٢) درر الأحكام، حيدر، ج٤، ص٦٥١.

(٣) القضاء بالأيمان والنكول، إدريس، ص٣٤٩-٣٥٠.

ث) أن النكول لو كان بذلاً لما جرى في الدَّين، لأن محل البذل هو الأعيان، لا الديون، إذ البذل لا يجري في الأوصاف، والدين وصف في الذمة.

جـ) وقد اعـترض عليه الإمام ابن القيم اعتراضاً دقيقاً فقال: « البذل إباحة وتبرّع، وهو لم يقصد ذلك، ولم يخطر على قلبه، وقد يكون المدّعى عليه مريضاً مرض الموت، ولو كان النكول بذلاً وإباحةً، اعتبر خروج المدعى من الثلث »(١).

وأجيـب عن الاعتراضين الأخيرين بأن معنى البذل ترك المنازعة، وجريان البذل في الدَّين بناءً على ظن المدّعي الذي لا معارض له، وبأن النكول بذل فيه شبهة الإقرار(٢).

وتجدر الإشـارة إلى أن بعض الحنفيـة قد جعلوا هذا الخـلاف الدائر بين أبي حنيفة وصاحبيه خلافاً لفظياً شـكلياً، ومن هؤلاء الأستاذ علي حيدر حيث يقول: « وعلى كلٍ؛ فإذا كان النكول بذلاً وفداءً فيستحق المدّعي المدّعى به، كما أنه إذا كان إقراراً فهو مسبّب للحكم على المدّعى عليه »(٣).

ويبـدو أن هذا الخـلاف معنوي له آثاره في الفقه الإسـلامي، فلو ادعى شـخص نكاح امرأة واسـتُحْلفت فنكلت، فهل يقضى عليها بالنكـول وتجعل زوجته؟ فإن قلنا: بـذلٌ، لم نحكم بذلك، وكذلـك لو ادعى شـخص أن فلاناً قذفه، واسـتُحْلف المتهم

---

(١) الطرق الحكمية، ابن القيم، ص١٢٥.
(٢) المصدر السابق، والإشارة نفسها.
(٣) درر الحكام، حيدر، ج٤، ص٦٥١.

فنكل، فهل يُحدّ للقــذف؟ إن قلنا: النكول بذل، نحكم بذلك. وقد ســبق أن أبا حنيفة يقول بحدّه[١].

المذهب الثالث:

ذهــب الحنابلة إلى أن النكول كإقامة البينة. واســتدلوا على ذلــك بأن النكول ليس كالإقرار بالحق، لأنه لا يتأتى جعل الناكل مقراً بالحق مع إنكاره له، وليس النكول كبذل الحق؛ لأن البذل قد يكون تبرّعاً، ولا تبرع هنا؛ لانتفاء القصد والتبادر إلى الذهن[٢].

واعترض على هذا الاستدلال بأن البينة قد حصرها الشارع في جانب المدّعي بقوله: « البينة على المدعي »؛ لأنها حجته في إثبــات حقه، ولولا عجز المدّعي عن إقامة البينة لما توجهت اليمين إلى المدعى عليه[٣].

فالقــول بأن النكول بمنزلة البينــة يلزم منه جعل البينة وظيفــة المدّعى عليه؛ وهذا فاسد، لأنه لا قائل به. واعترض عليه ثانياً بأن النبـي ﷺ أجرى السكوت مجرى الإقرار والبذل في حق البكر إذا استؤذنت، فلم لا يصحُّ أن يكون إقراراً أو بذلاً ههنا، مع وجود البواعث، وانتفاء الموانع، في مجلس القضاء؟.

وأجيب بأن البنت المســتأذَنَة ليســت ناكلةً، وإنــما دليل الرضا بما اســتؤذنت فيه، لاســتحيائها من الكلام، ولحوق العار بها إذا هي طلبت لنفســها الزواج، فنزل سكوتها

(١) بدائع الصنائع، الكاساني، ج٥، ص٥١٧؛ الطرق الحكمية، ابن القيم، ص١٢٤-١٢٥.
(٢) انظر كشاف القناع، البهوتي، ج٦، ص٣٣٩؛ الطرق الحكمية، ابن القيم، ص١٢٤-١٢٥.
(٣) انظر القضاء بالأيمان والنكول، إدريس، ص٣٥٢.

منزلة رضاها للضرورة. أما ههنا فالمدعى عليه لا يستحيي من الكلام، ولا عارَ عليه فيه، فلم يُشبه البكر[١].

الترجيح بين الأقوال:

بعد استعراض ما ذهب إليه الفقهاء في تكييف النكول، وذكر استدلالاتهم ومناقشاتهم في ذلك، يبدو للباحث ترجيح رأي الحنابلة في قولهم: إن النكول يشبه إقامة البينة، وذلك لما ذكرنا من أن البينة عند بعض الفقهاء لا تنحصر في أمور معينة، وأنها اسم لما يبين الحق مطلقاً، وهو الرأي الذي رجحه الإمام ابن القيم حيث قال: « فتبيّن أنه لا إقرارٌ ولا إباحةٌ. وإنما هو جارٍ مجرى الشاهد والبينة، فإن « البينة » اسم لما يبيّن الحقّ. ونكوله، مع تمكّنه من اليمين الصادقة التي يبرأ بها المدعى عليه ويتخلص بها من خصمه، دليل ظاهر على صحة دعوى خصمه، وبيان أنها حقّ، فقام مقام شاهد القرائن »[٢] وهذا ما نرجحه، لأن السكوت في معرض الحاجة بيانٌ. ولا مكان للقول بأن ذلك يلزم منه جعل البينة وظيفة المدّعى عليه، لأن النكول بينة المدَّعي لا المدَّعى عليه[٣].

ويؤكد الدكتور عبدالرزاق السنهوري من فقهاء القانون أن النكول إقرار، معللاً ذلك بأن اليمين والإقرار من الطرق غير المباشرة للإثبات؛ لأن صحة الواقعة تستخلص

(١) انظر الطرق الحكمية، ابن القيم، ص١٢٦.

(٢) انظر المصدر السابق، ص١٢٦.

(٣) ويرجح الأستاذ الدكتور هاشم جميل أن يكون النكول بمثابة شاهد واحد يقدمه المدعي. انظر مسائل من الفقه المقارن، ج٢، ص٢٩٧.

من الإقرار بالاستنباط، وبإعفاء الخصم من الإثبات تصبح الواقعة ثابتة بطريق غير مباشر. واليمين احتكام لذمة الحالف، فإن حلف اعتبرت صحيحة نزولاً على مقتضى الاحتكام، ويكون الخصم قد أعفاه من الإثبات، وإن نكل كان بمثابة إقرارٍ يُعفي خصمه من الإثبات. وبناءً على اعتبار النكول إقراراً فإن أثره لا يتعدَّى الشخص الناكل وورثته، فحجته قاصرة كحجة الإقرار[١]. وبهذا يلتقي موقف القانون مع ما ذهب إليه كل من أبي يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية[٢].

❊ ❊ ❊

(١) الوسيط، عبدالرزاق السنهوري، ج٢، ص٩٩-١٠٠؛ وسائل الإثبات، محمد الزحيلي، ج١، ٤١٣، ج٢، ص٦٤٤.

(٢) بدائع الصنائع، الكاساني، ج٥، ص٣٤٠؛ بداية المجتهد، ابن رشد، ص٨٣٣؛ الطرق الحكمية، ابن القيم، ص١٢٥؛ نهاية المحتاج، الرملي، ج٦، ص٣١٥.

المبحث الثالث
حُكم القضاء بالنَكول

تناول البحث فيما سبق تعريف النكول وبيان حقيقته وذكر اختلاف الفقهاء في التكييف الشرعي له: هل هو إقرار أو بذل أو بينة؟ وفي هذا المبحث يتركز البحث حول حكم القضاء بالنكول، ويبيّن أنظار الفقهاء في هذا الصدد ويناقش أدلتهم، مع بيان الراجح بالدليل، وذلك فيما يأتي:

المذهب الأول:

ذهب فريق من الفقهاء إلى أنه لا يُقْضى على المدعى عليه بمجرد نكوله؛ بل إذا نكل رُدَّت اليمين إلى المدَّعي، فإن حلف قضي له، وإلا فلا. وهذا مذهب الأوزاعي وشريح وابن سيرين والنخعي، ومذهب مالك والشافعي(١).

احتج أصحاب هذا المذهب بأدلة عديدة، نذكر من أهمها ما يأتي:

١ - ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما «أنّ النّبـي ﷺ ردّ اليمين على طالب الحقّ»(٢) فهذا النصُّ يدلُّ على مشروعية رد اليمين على طالب الحق، بعد نكول المدّعى عليه.

---

(١) انظر نهاية المطلب، الجويني، ج١٩، ص١١١؛ المنتقى شرح موطأ مالك، أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي، ج٧، ص٥١٤؛ تبصرة الحكام، ابن فرحون، ج١، ص١٦٢؛ الطرق الحكمية، ابن القيم، ص١١٦؛ المحلى، ابن حزم، ج٤ ص٥١٤؛ موسوعة الفقه المالكي، خالد عبدالرحمن العك، ج٥، ص٤٣٩-٤٤٠.

(٢) الحديث أخرجه البيهقي في السنن الكبرى والحاكم النيسابوري في المستدرك وقال: صحيح الإسناد، ولم يخرجاه. السنن الكبرى، البيهقي، باب النكول ورد اليمين، حديث (٢٠٧٣٩)، ج١٠، ص٣١٠؛ المستدرك على الصحيحين، أبو عبدالله محمد بن عبدالله الحاكم النيسابوري، ج٤، ص١٠٠.

واعترض على هذا الاستدلال بأن هذا الخبر لا تعرف صحته[١].

٢- ما روي عن ابن عباس، رضي الله عنهما، أن النبي ﷺ قال: « البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه »[٢]، فدلَّ على أن البينة هي حجة المدعي، واليمين حجة المدعى عليه، ولم يذكر النكول المجرد، ولو كان حجة للمدعي لذكره.

وأجيب بأن هذا الحديث لا يفهم منه أن لا يكون غير البينة واليمين حجة في القضاء، وبأن البينة أعمُّ من الإشهاد وأنها اسم لكل ما يبيِّن الحقَّ مطلقاً، ومنه النكول[٣].

٣- روى الشعبي « أن المقداد استقرض من عثمان سبعة آلاف، فلما كان عند العطاء جاءه بأربعة آلاف، فقال عثمان: إنها سبعة آلاف، فقال المقداد: ماكانت إلا أربعة آلاف، فارتفعا إلى عمر، فقال المقداد: يا أمير المؤمنين ليحلف أنها كما يقول ويأْخذْها، فأبى أن يحلف، فقال عمر: خذْ ما أعطاك »[٤] ووجه هذا: أن المقرض إذا كان عالماً بصدق نفسه وصحة دعواه حلف وأخذه، وإن لم يعلم ذلك لم تصح دعواه، فإذا نكل عن اليمين لم يُقْضَ له بمجرَّد نكول خصمه، لأنه قد لا يعلم صحة الدعوى، فكان من الإنصاف أن يقال للمدَّعي: إن كنت تعلم صحة دعواك فاحلف وخذ[٥].

---

(١) المغني، ابن قدامة، ج٩، ص٢٣٦.

(٢) الحديث سبق تخريجه.

(٣) بدائع الصنائع، الكاساني، ج٥، ص٣٤٤-٣٤٥، ص٥١٦-٥١٧.

(٤) الحديث أخرجه البيهقي وقال: إسناده صحيح إلا أنه منقطع، وأعله ابن حزم بالانقطاع كذلك. السنن الكبرى، البيهقي، باب النكول ورد اليمين، حديث (٢٠٧٠٤)، ج١٠، ٣١٠؛ المحلى، ابن حزم، ج٩، ص٣٧٧.

(٥) انظر الطرق الحكمية، ابن القيم، ص١٢٣.

وهـذا الدليل قد يمكن الاعتراض عليه من جهة أن هذا اجتهاد صحابي، وليست الحجة في قول أحد دون المعصوم ﷺ، وقد أعلّ بعضهم الحديث بالانقطاع، لأن الشعبي لم يدرك المقداد، ولا عثمان، فكيف بعمر؟[١].

٤- إن النكول كما يحتمل أن يكـون تحرزاً عن اليمين الكاذبة يحتمل أن يكون تورعاً عن اليمين، ولا يصح القضاء مع التردد والاحتمال[٢].

ويمكن الاعتراض على هذا الدليل بأن التردد للورع في نفس الناكل لا يلزم منه تردد القاضي في القضاء؛ لأن القاضي يحكم بالأمارة الظاهرة.

٥- إن الشارع شرع اليمين مع الشاهد الواحد، تقويةً لشهادته، ونكول المدعى عليه أضعف من شـاهد المدّعي، فهو أولى أن يقوّى بيمين الطالب، ليقوم مقام الشـاهدين أو الشاهد واليمين[٣].

وردّ هذا الاستدلال بأن الشهادة لما كانت لإثبات الدعوى، واليمين لإبطالها وجب إن نكل عن اليمين أن تحقَّ عليه الدعوى »[٤].

المذهب الثاني:

يرى أصحـاب هذا المذهب أن المدعى عليه يقضى عليـه بمجرد نكوله عن اليمين،

(١) المحلى، ابن حزم، ج٩، ص٣٨١.
(٢) انظر مغني المحتاج، الشربيني، ج٦، ص٤٥٢؛ بدائع الصنائع، الكاساني، ج٥، ص٣٤٥؛ القضاء والإثبات، أبو العينين، ص٤٠٤.
(٣) انظر الطرق الحكمية، ابن القيم، ص١١٧.
(٤) بداية المجتهد، ابن رشد، ص٨٣٤.

عـلى التفصيل الذي ذكرناه في مطلب « ما يقضى فيـه بالنكول »، وهو مذهب الأحناف والحنابلة[١].

واستدل أصحاب هذا المذهب لما ذهبوا إليه بجملة أدلة، من أهمها ما يأتي:

١- حديث: « لو يُعطى الناس بدعواهـم لادّعى ناسٌ دماءَ رجالٍ وأموالهم، ولكن اليمـين على المدّعى عليه »[٢]، وحديث: « البينة على المدعي، واليمين على من أنكر »، وفي رواية أخرى: « واليمين على المدعى عليه »[٣].

ووجه الاستدلال: أن الحديثين أفادا أن واجب المدعى عليه المنكِر هو حلف اليمين، والنكول يُعَدُّ تركاً للواجب، فلا يُعْذَرُ النَّاكلُ مع وجود بواعث الحلف باليمين[٤].

٢- مـا روي أن شريحاً قضى على رجل بالنكول، فقـال المدعى عليه: أحلف، فقال شريح: « قضي قضائي » وفي رواية « قُضي قضاؤك »[٥].

واعترض بأن هذا اجتهاد من ليس بمعصوم ولا تقوم به حجة[٦].

---

(١) بدائع الصنائع، الكاسـاني، ج٥، ص٣٤٤-٣٤٥، ص٣٤٠-٣٤١؛ الروض المربع، البهوتي، ص٥٢٣؛ المغنـي، ابن قدامة، ج٧، ص٤٤٥؛ الكافي، ابن قدامة المقدسي، ج٤، ص٥١٣-٥١٤؛ المنتقى، الباجي، ج٧، ص٥٠٤، ص٥١٤.
(٢) سبق تخريجه.
(٣) سبق تخريجه.
(٤) انظر القضاء بالأيمان والنكول، إدريس، ص٣٦٩.
(٥) انظر بدائع الصنائع، الكاساني، ج٥، ص٣٤٥.
(٦) المحلى، ابن حزم، ج٩، ص٣٧٦.

٣- ما روي عن ســالم بن عبدالله بن عمر بن الخطاب « أن أبــاه عبدالله باع عبداً له بثمانمائة درهم بالبراءة، ثم إن صاحب العبد خاصم فيه ابن عمر إلى عثمان بن عفان، فقال عثمان بن عفان لابن عمر: احْلِــف بالله لقد بعتَهُ وما به من داءٍ علمْتَهُ، فأبى ابن عمر من أن يحلف، فردَّ عليه عثمانُ العبدَ »[١] ووجه الاستشــهاد قضاء عثمان بردّ المبيع على البائع بمجرد النكول عن الحلف، ثم لم ينكر ذلك ابن عمر من حكمه، ورآه له لازماً[٢].

٤- إن نكول المدَّعى عليه يحمل في طياته أمارة كذبه، فيكون المدعي صادقاً في دعواه، فوجــب أن يقضى له كما لو أقام البينة، لأن المدَّعــى عليه لو كان صادقاً في إنكاره لما نكل عن اليمين[٣].

واعتُرِض هذا الاســتدلالُ بأنَّهُ لو ظهر صدق المدَّعي في دعواه بمجرد نكول المدعى عليه لما ردَّ النبــيُّ ﷺ اليمين على المدَّعي[٤].

٥- قال ابن رشــد: « عمدة من قضى بالنكول أن الشهادة لما كانت لإثبات الدعوى، واليمين لإبطالها وجب إن نكل عن اليمين أن تحقَّ عليه الدعوى »[٥].

المذهب الثالث:

ذهــب فريق من الفقهــاء إلى أنه لا يقضى بالنكول، ولا بالــرَّدّ، ولكن يحبس الناكل (المدعــى عليه) حتى يجيب بإقرار أو إنكارٍ يحلف معــه. نقل هذا الرأي عن ابن أبي ليلى،

(١) أخرجه الإمام ابن حزم بسنده في المحلى، ج٩، ص٣٧٣.
(٢) الطرق الحكمية، ابن القيم، ص١١٤.
(٣) انظر بدائع الصنائع، الكاساني، ج٥، ص٣٤٥؛ القضاء والإثبات، أبو العينين، ص٤٠٢-٤٠٣.
(٤) الطرق الحكمية، ابن القيم، ص١١٩.
(٥) بداية المجتهد، ابن رشد، ص٨٣٤.

وهو وجه لأصحاب الشافعي، وقول في مذهب الإمام أحمد، وإليه ذهبت الظاهرية إلا في حالات استثنائية ثلاث[١].

واستدل هؤلاء الفقهاء بجملة أدلة نجملها فيما يأتي:

١- إن الشارع أوجب على المدعى عليه الحلف باليمين، وحيث نكل كان ممتنعاً عما يجب عليه، فإذا لم يؤاخذ بذلك وأطلق له العنان كان القاضي بذلك قد أعانه على الإثم والعدوان، وهو منهيّ عنه شرعاً لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة:٢].

٢- واستدلوا بالنصوص التي تدل على حصر البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه، وقالوا: يجب المصير إلى ذلك مطلقاً، وذلك باتخاذ الإجراءات اللازمة لتحقيق ذلك، بأن يحبس أو يعزَّر. ثم إن الناكل مقترف لأمر منكر، فوجب تغييره باليد، وهو الضربُ فيمن لم يمتنع بقوة، والسلاحُ في المدافع بيده الممتنع من أخذه بالحق[٢].

٣- استدلوا بأنه لم يأت قرآن ولا سنة ولا إجماع على القضاء بالنكول ولا باليمين المردودة. وجاء نص القرآن برد اليمين في مسألة الوصية، ونص السنة بردها في مسألة

(١) انظر المنتقى، الباجي، ج٧، ص٥٠٤؛ نهاية المحتاج، الرملي، ج٨، ص٣٦٠؛ روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، ج١٢، ص٤٩؛ الفروع، ابن مفلح، ج٦، ص٤٧٨؛ الطرق الحكمية، ابن القيم، ص١١٨؛ المحلى، ابن حزم، ج٩، ص٣٧٢-٣٧٣. والحالات الاستثنائية الثلاث عند الظاهرية هي: القسامة إذا لم تكن لأولياء المقتول بينة ونكلوا عن أيمان القسامة، وإذا قام للمدعي بدعواه شاهد واحد أو امرأتان ونكلوا عن الحلف، والوصية في السفر إذا لم يشهد عليه إلا كفار، فيحلف الشاهدان مع شهادتهما. فإن نكلا لم يقض بشاهدتهما، وإن قامت بعد ذلك بينة من المسلمين حلف اثنان منهم مع شهادتهما، وحكم بها وفسخ ما شهد به الكافران، فإن نكلا بطلت شهادتهما وبقي الحكم الأول كما حكم به. انظر المحلى، ابن حزم، ج٩ ص٣٧٣-٣٧٦-٣٧٧؛ الطرق الحكمية، ابن القيم، ص١١٨.

(٢) انظر المحلى، ابن حزم، ج٩، ص٣٨٣.

القسامة، والشاهد واليمين، فاقتصرنا على ما جاء به كتاب الله وسنة رسول الله ﷺ ولم نعْدُ ذلك إلى غيره، وليس قول أحد حجةً سوى قول المعصوم، وكل من سواه فمأخوذ من كلامه ومتروك[١].

ونوقش هذا الاستدلال بأن القضاء بالنكول قد أرشد إليه كتاب الله وسنة رسوله ﷺ. أما الكتاب فإن الشارع شرع الأيمان في جانب المدّعي إذا احتاج إلى ذلك، وتعذّرت عليه إقامة البينة، وشهدت القرائن بصدقه، كما في اللعان، وشرع عذاب المرأة بالحد بنكولها مع يمينه، فإذا كان هذا شأن الحدود التي تدرأ بالشبهات فَلأَن يشرع الحكم بها بيمين المدّعي مع نكول المدعى عليه في الأموال ونحوها أولى وأجدر، على أن السنة أيضا قد أرشدت إلى ذلك في تشريعها اليمين في جانب المدّعي إذا أقام شاهداً واحداً، وإن لم يرض الخصمُ؛ وهذا المعنى أقوى في الحكم بالنكول ورد اليمين إلى المدعى عليه[٢].

أما استدلالهم على وجوب اليمين وأخذ الناكل في نكوله بالضرب أو الحبس بأنه مقترف منكر ومعصيةٍ، فلا يعان عليه؛ فقد نوقش بأن الناكل قد يكون معذوراً في نكوله غير آثم به، فقد يتحرج من الحلف مخافة موافقة قضاءٍ وقدرٍ، كما روي ذلك عن جماعة من السلف، ومنه ما سبق ذكره عن الخليفة الراشد عثمان بن عفان مع المقداد، زمن خلافة عمر.

وأما استدلالهم بأن نكول المدعى عليه منكر يجب تغييره باليد، فقد عورض بأن النكول لا يكون منكراً مطلقاً؛ بل قد يكون مستحباً أو جائزاً، وقد يكون معصية. ثم إن

---

(١) الطرق الحكمية، ابن القيم، ص١٢٠.
(٢) المصدر السابق، ص١٢١-١٢٢.

في اليمـــين حقاً له وحقاً عليه، فإنَّ في يمينه التخلص من الدعوى، فهو كما امتنع من الحق الذي وجب عليه لغيره، امتنع من تخليص نفسه من خصمه باليمين، فلم يكن امتناعاً عن حق غيره المحض[١].

المذهب الرابع:

ذهب بعض الفقهاء إلى أن القضاء بالنكول صحيح، لكن ينظر: فإن كان المدَّعي مُتهماً ردت عليه اليمين، وإن لم يكن متهماً قضي عليـــه بنكول خصمه. وهذا القول مروي عن ابن أبي ليلى[٢].

قال ابن القيم: « وله حظ من الفقه؛ فإنه إذا لم يكن متهماً غلب على الظن صدقه، فإذا نكل خصمه قوي ظن صدقه، فلم يحتج إلى اليمين، وأما إذا كان متهماً لم يبق معنا إلا مجرد النكول فقوَّيناه برد اليمين عليه، وهذا نوع من الاستحسان »[٣].

المذهب الخامس:

ذهـــب الإمام ابن القيم إلى أن القضاء بالنكول صحيح، لكن رد اليمين إلى المدعي أو عدمه منوط بسياســـة القاضي ومراعاته للمناسبة والحكمة، فإذا احتاج الأمر إلى الرّد ردّ اليمين على المدعي، وإذا لم يحتج اكتفى بنكول المدّعى عليه، وعزا ابن القيم هذا الرأي إلى شيخه الإمام ابن تيمية (رحمه الله)، وهو أعمّ من الرأي السابق[٤].

---

(١) انظر الطرق الحكمية، ابن القيم، ص١٢٣-١٢٤.
(٢) انظر بداية المجتهد، ابن رشد، ص٨٣٣؛ الطرق الحكمية، ابن القيم، ص١٢٤.
(٣) الطرق الحكمية، ابن القيم، ص١٢٤.
(٤) المصدر السابق، ص١٢٣.

واستند هذا الفريق إلى الأدلة التي استدل بها أصحاب المذهبين الأوَّلَيْن جملةً، وقيدوا بعضها ببعض، واستندوا أيضاً إلى السوابق القضائية في عهد الخلفاء الراشدين. وفي هذا يقول الإمام ابن القيم: « ولما كانت أفهام الصحابة (رضي الله عنهم) فوق أفهام جميع الأمة، وعلمُهم بمقاصد نبيهم ﷺ وقواعد دينه وشرعه، أتمَّ من علم كل من جاء بعدهم، عدلوا عن ذلك إلى غير هذه المواضع ... وحكموا بالرد مع النكول في موضع، وبالنكول وحده في موضع، وهذا من كمال فهمهم وعلمهم بالجامع والفارق والحِكَم والمناسبات، ولم يرتضوا لأنفسهم عبارات المتأخرين واصطلاحاتهم وتكلفاتهم، فهم كانوا أعمق الأمة علماً، وأقلَّهم تكلفاً. والمتأخرون عكسهم في الأمرين »[١].

ومثال رد اليمين على المدّعي في سوابق الخلفاء الراشدين القضائية ما رواه الشعبي من « أن المقداد استقرض من عثمان سبعة آلاف، فلما كان عند العطاء جاءه بأربعة آلاف، فقال عثمان: إنها سبعة آلاف، فقال المقداد: ما كانت إلا أربعة آلاف، فارتفعا إلى عمر، فقال المقداد: يا أمير المؤمنين ليحلف أنها كما يقول ويأخذْها. فقال عمر: أَنصَفَك، احلف أنها كما تقول وخذها، فأبى أن يحلف، فقال عمر: خذ ما أعطاك »[٢].

ومثال عدم الرد على المدعي ما رواه سالم بن عبدالله بن عمر « أن أباه عبدالله باع عبداً له بثمانمائة درهم بالبراءة، ثم إن صاحب العبد خاصم فيه ابن عمر إلى عثمان بن عفان، فقال عثمان بن عفان لابن عمر: احلف بالله لقد بعته وما به من داء علمته، فأبى ابن عمر

(١) الطرق الحكمية، ابن القيم، ص١٢٢.
(٢) سبق تخريجه.

مـــن أن يحلف، فردّ عليه عثمان العبدَ »[١] فعثـــمان بن عفان (رضي الله عنه) حكم على ابن عمـــر (المدعى عليه) بالنكول، ولم يردّ اليمين على المدّعي؛ لأنه لا يمكن أن يحلّف المدّعي عـــلى أن المدّعى عليه كان عالماً بالعيب، حيـــث لا يمكن للمدّعي أن يعلم ذلك، ولذلك لا يكلف به بعد نكول المدعى عليه، حيث تتعذر اليمين: إنه كان عالماً بالعيب، وإنه كتمه مع العلم به[٢].

الترجيح بين الأقوال:

بعد هذا العرض المدلل لآراء الفقهاء وأرباب المذاهب الفقهية يبدو للباحث رجحان الرأي الذي أشـــار إليه الإمام ابن تيمية وتلميذه الإمام ابن القيم - رحمهما الله تعالى - من أن القضـــاء بالنكول صحيح، وأن رد اليمين على المدعي أو عدمه منوط بتحقيق المصلحة الشرعية والنظر في ظروف القضيَّة وملابســـات أحوالها. وعليه؛ إذا رأى القاضي الحكمة والسياسة في رد اليمين على المدَّعي، فَعَل ذلك، وإذا لم يَرَ ما يوجب ذلك من دواعٍ وبواعثَ في ظروف القضية، وملابساتها، قضى عليه بمجرد النُّكول، وذلك جمعاً بين الأدلة الواردة في هذا الشأن، التي ساقها أصحاب هذه المذاهب المتنوعة، حيث لا توجد نصوص قطعية تفيد رأياً بعينه، على أن آثار الصحابة وسوابقهم في القضاء تؤيد هذا الاتجاه.

فلـــو رأى القاضي أن المدعي متَّهم ردَّ إليه اليمـــين، وإذا رآه غيرَ متَّهمٍ اكتفى بنكول المدَّعـــى عليه، وقضى بـــه، وإذا كان الناكل مـــن المعروفين بالغـــدر والكذب والنصب

(١) المحلى، ابن حزم، ج٩ ص٣٧٣.
(٢) الطرق الحكمية، ابن القيم، ص١٢٢-١٢٣.

والاحتيال، ورأى ضربه وحبسه تعزيراً؛ فَعَل ذلك حتى يقرَّ أو يحلف، ولا يكون ذلك عوناً له على المعاصي إذا ترك ونكولَه.

فالقاضي يتصرف بما يحقق المصلحة، ويدرأ المفسدة، عملاً بقاعدة « تصرُّف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة »[١]؛ فهو نائب عن الإمام في فصل الخصومات، والقضاء بالحقوق، وتعيين الواجبات[٢].

وقد سلك القانون الوضعي في بعض البلاد العربية مسلك الأخذ باليمين مع النكول، فكل من توجهت عليه اليمين في القانون إما أن يحلف أو يردّ أو ينكل، فإن حلف انتهى النزاع، وإن ردَّ صح رده، وإن نكل حكم عليه بالنكول. وبذلك لا تبقى اليمين حجة موجهة على النفي؛ بل تصبح موجهة على الإثبات أيضاً، فكما جاز لأحدهما أن يحتكم إلى ذمة الآخر في إحدى الوقائع أجاز القانون لخصمه أن يحتكم إلى ذمته في الواقعة ذاتها. غير أن القانون حدَّد اليمين المردودة بالحالات التي يشترك فيها الطرفان علماً، أما إذا اختص علم القضية بأحد طرفي الواقعة فلا يجوز فيها ردّ اليمين. وهذا يقرب مما ذهب إليه ابن القيم من أن رد اليمين لا يصح عند تعذرها، كما تقدم[٣].

❁ ❁ ❁

(١) انظر القواعد الفقهية، علي أحمد الندوي، ص٣١٧ وما بعدها.

(٢) يقول ابن رشد: « اتفقوا أن القاضي نائب عن الإمام الأعظم». بداية المجتهد، ابن رشد، ص٨٢٧.

(٣) المادة ١١٨ من قانون الإثبات المصري، المادة ١١٦ من قانون البينات السوري؛ وانظر الإثبات في المواد المدنية، عبدالمنعم الصدة، ص٤٥٠؛ وسائل الإثبات، محمد الزحيلي، ج١، ص٤١٣-٤١٤.

الخاتمة

يمكننا تلخيص أهم النتائج التي توصل إليها هذا البحث فيما يأتي:

أولاً: إن الشريعة الإسلامية ألمت بالقواعد والطرق القضائية، وعالجت أشد المسائل تعقيداً في مجال القضاء كغيره من المجالات التشريعية، كما أن فقهاء الشريعة ألموا إلماماً كبيراً بكل ما يحتاجه القانوني وما يحتاجه القاضي من فقه ومعالجة للواقع، وسنٍ وتوجيه فقهي محكم للافتراضات التشريعيَّة اللازمة.

ثانياً: إن الإثبات بالنكول في القضاء الإسلامي شاهد حق على مدى مراعاة التشريع الإسلامي لعلوم النفس والاجتماع، حيث إن الفقهاء لم يصبُّوا فقههم على المشهد الخارجي والبنيان الظاهري للوقائع والأحداث فحسبُ، بل على المعاني والحِكَم والمناسبات أيضاً، وعلى التمييز بين الجامع والفارق من الأحكام والوقائع. فكانت المعاني إلى جانب المباني عماداً أصولياً يتراوده الفقهاء، وينسجون فقههم على منواله.

ثالثاً: إن الإثبات يعني إقامة الدليل الشرعي في مجلس القضاء على حق أو واقعة من الوقائع تترتب عليها آثار. والنكول هو امتناع من وجبت عليه اليمين أوْ لهُ من اليمين.

رابعاً: النكول نوعان؛ حقيقي بأن يصرح بأنه ناكل أو لا يحلف، وحكميٌّ كأن يعرض عليه القاضي اليمين ولا يجيب، ولا خلاف في اعتبار الأول، أما الثاني فاختلفوا: هل للقاضي الحكم على مقتضى نكوله مباشرة أو بعد قضائه عليه بالنكول؟ وقد ينكل المدعى عليه عن حضور مجلس القضاء فعلى القاضي إبلاغه بالحضور، وتحذيره، ثم طلب نصب وكيل منه، وإلا وكّل عنه القاضي وقضى عليه إذا ثبتت عنده الدعوى.

خامســـاً: اختلف الفقهــاء فيما يقضى فيــه بالنكول بعد اتفاقهم عــلى أنه يصلح أن يكــون دليلاً مثبتاً في الأموال، ما عدا الظاهريــةَ؛ هل يُقضى بالنكول في قضايا القصاص بالنفــس وفي الطرف والسرقة والقذف؟ فمنهم من قــضى في ذلك كله ما عدا القصاص بالنفس كأبي حنيفــة، ومنهم من قضى في السرقة والقــذف والقصاص كالأموال، وهو مذهب الصاحبين.

سادساً: اختلف الفقهاء في التكييف الشرعي للنكول، فقال الصاحبان: إقرار. وقال أبو حنيفة: بذل. وقال الحنابلة: كالبينة، وهو الراجح؛ لأن البينة على الراجح اسم لما يبين الحق مطلقاً. وقد ذهب بعض الحنفيــة المتأخرين إلى أن الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه خلاف لفظي؛ لكن التحقيق أنه خلاف معنوي تترتب عليه آثار فقهية، كما أوضحنا.

ســابعاً: اختلف الفقهاء في النكول هل هو طريق من طــرق الإثبات؟ فذهب فريق منهم إلى أنه حجة في الإثبات. وقال آخــرون: بشرط رد اليمين على المدعي؛ بينما ذهبت الظاهرية إلى أنه لا يكون حجةً مطلقاً، بل يؤمر بحبس الناكل وضربه حتى يقر أو يحلف، فلا يقضى لــه بمجرد نكول خصمه. وذهــب الإمام ابن تيمية وابــن القيم إلى أعمّ من هــذا الرأي، وقالا: إن القضاء بالنكول صحيح؛ أمــا الردُّ إلى المدَّعي فيدور مع المصلحة والحكمة التي يراها القاضي ويســتجليها من ظروف الواقعة وملابسات القضية. وهذا الرأي هو الذي يراه الباحث راجحاً؛ لأن النكول من باب الســكوت، ويتوقف بيانه على القرائن الخارجية، وهذه القرائن هي التي تســوق القاضي إلى طريقة الاحتجاج به، فكان لازماً اعتبار المصلحة والسياسة اللتين تظهران له في سياق القضية المعروضة ومرافعتها.

❁ ❁ ❁

قائمة المصادر

١- الإثبات في المــواد المدنية، عبدالمنعم فرج الصدة (القاهــرة: مطبعة مصطفى الحلبي، ط٢، ١٩٥٤).

٢- الإشراف على نكت مســائل الخلاف، القاضي أبو محمد عبدالوهاب بن علي البغدادي المالكي، تحقيق محمود مجيد الكبيسي (أبو ظبي: دار الإمام مالك، ط١، ١٤٣٢هـ-٢٠١١م).

٣- البحر الزخــار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، أحمد بن يحيــى بن المرتضى، (بيروت: مؤسسة الرسالة، د.ط، ١٩٧٥م).

٤- بحــوث فقهية في قضايا معــاصرة، عارف علي عارف (أربيــل: مطبعة آراس، ط١، ٢٠١٠م).

٥- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشــد القرطبي، تحقيق علي معوض وعادل عبد الموجود (بيروت: دار الكتب العلمية، ط٢، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م).

٦- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاءالدين أبوبكر بن مسعود الكاساني، تحقيق محمد عدنان درويش (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط٢، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م).

٧- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، برهان الدين إبراهيم بن فرحون، تعليق جمال المرعشلي (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٦-١٩٩٥م).

٨- الجامــع لأحكام القرآن، أبــو عبدالله محمد بن أحمد القرطبــي، تحقيق أحمد البرديني وإبراهيم أطفيش (القاهرة: دار الكتب المصرية، ط٢، ١٣٨٤هـ/ ١٩٦٤م).

٩- درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر (بيروت: دار الجيل، ط١، ١٤١١هـ - ١٩٩١م).

١٠- رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، محمد أمين بن عمر بن عابدين، تحقيق عبدالمجيد طعمة حلبي (بيروت: دار المعرفة، ط١، د.ت).

١١- الروض المربع بشرح زاد المستقنع، منصور بن يونس البهوتي، تحقيق عدنان درويش (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط١، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م).

١٢- روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، إشراف زهير الشاويش (بيروت: المكتب الإسلامي، ط٣، ١٤١٢هـ-١٩٩١م).

١٣- سنن الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي، تحقيق بشار عواد معروف (بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط٢، ١٩٩٨م).

١٤- السنن الكبرى، أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي، تحقيق محمد عبدالقادر عطا (د.م: د.د، ط٣، ١٤٢٤هـ/ ٢٠٠٣م).

١٥- صحيح البخاري، أبو عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري، تحقيق محمد زهير الناصر (د.م: دار طوق النجاة، ط١، ١٤٢٢هـ).

١٦- صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج القشيري، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي (بيروت: دار إحياء التراث العربي، د.ط، د.ت).

١٧- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، شمس الدين محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية (القاهرة، مطبعة السنة المحمدية، د.ط، ١٣٧٢هـ-١٩٥٣م).

١٨- الفـروع، ابن مفلح، مراجعة عبدالستار أحمد فراج (بيروت: عالم الكتب، ط٤، ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م).

١٩- الفروق، شـهاب الدين أبو العبـاس أحمد بن إدريس الصنهاجـي القرافي، تحقيق عبدالحميد هنداوي (بيروت: المكتبة العصرية، د.ط، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م).

٢٠- فقـه القضاء والدعوى والإثبات: دراسـة مقارنـة بين المذاهـب الفقهية وقانون الإمارات، محمد الزحيلي (الشارقة: مطبوعات جامعة الشارقة، ط١، ١٤٢٢هـ-٢٠٠٢م).

٢١- القاموس المحيط، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، تحقيق محمد المرعشـلي (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط٢، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م).

٢٢- القضاء بالأيمان والنكول، عبدالفتاح محمود إدريس (القاهرة: جامعة الأزهر، ط١، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م).

٢٣- القضاء والإثبات في الفقه الإسـلامي، عبد الفتاح محمد أبو العينين (القاهرة: مطبعة الأمانة، ١٤٠٣هـ- ١٩٨٣م).

٢٤- القواعد الفقهية، علي أحمد الندوي، تقديم مصطفى الزرقا (دمشق: دار القلم، د.ط، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م).

٢٥- كشـاف القناع عن متن الإقنـاع، منصور بن يونس البهوتي (بـيروت: دار الفكر، ١٤٠٢هـ- ١٩٨٢م).

٢٦- لسان العرب، ابن منظور الإفريقي (بيروت: دار صادر، ١٩٥٦م- ١٣٧٥هـ).

٢٧- المحلّى، أبو محمد علي بن أحمد بن حزم الظاهري، تحقيق أحمد شاكر (بيروت: دار الآفاق الجديدة، د.ط، د.ت).

٢٨- مسائل من الفقه المقارن، هاشم جميل عبدالله (دمشق: دار الزيبق، ط١، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م).

٢٩- المستدرك على الصحيحين، أبو عبدالله محمد بن عبدالله الحاكم النيسابوري، إشراف يوسف المرعشلي (بيروت: دار المعرفة، ط١، د.ت).

٣٠- المصباح المنير، أحمد بن محمد الفيومي (بيروت: مكتبة لبنان، د.ط، ١٩٨٧).

٣١- المعلم بفوائد مسلم، أبو عبدالله محمد بن علي المازري، تحقيق محمد الشاذلي النيفر (تونس: دار الغرب الإسلامي، ط٣، ٢٠١٢م).

٣٢- معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، علاء الدين الطرابلسي الحنفي (دمشق: دار الفكر، د.ط، د.ت).

٣٣- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج للنووي، محمد بن محمد الخطيب الشربيني، تحقيق علي عاشور (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط١، د.ت).

٣٤- المغني مع الشرح الكبير، ابن قدامة المقدسي (بيروت: دار الكتاب العربي، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م).

٣٥- المنتقى شرح موطأ مالك، أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي، (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط١، ١٤٣٣هـ-٢٠١٢م).

٣٦- منـح الجليل على مختصر خليل، أبو عبـدالله محمد أحمد عليش (بيروت: دار صادر، د.ط، د.ت).

٣٧- موسوعة الفقه الإسلامي (القاهرة: دار الكتاب المصري، د.ط، د.ت).

٣٨- موسـوعة الفقـه المالكي، خالـد عبدالرحمن العـك (دمشـق: دار الحكمة، ط١، ١٤١٣هـ-١٩٩٣م).

٣٩- الموسوعة الفقهية (القاهرة: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، د.ط، د.ت).

٤٠- نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار المعروف بتكملة فتح القدير، شمس الدين أحمد بن محمود الرومي، المعروف بقاضي زاده (دمشق: دار الفكر، ط١، د.ت).

٤١- نصب الرايـة لأحاديث الهداية، جمال الدين بن يوسـف الزيلعي (بيروت: المكتب الإسلامي، ط٢، د.ت).

٤٢- نظام المرافعات: دراسة فقهية مقارنة بين الشريعة والقانون المدني الأردني، عبدالوهاب خيري العاني (كوالالمبور: الجامعة الوطنية، رسالة دكتوراه غير منشورة سنة ٢٠٠٧).

٤٣- نظرية الدعوى بين الشريعة الإسـلامية وقانون المرافعـات المدنية والتجارية، محمد نعيم ياسين (عمان: دار النفائس، ط٢، ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م).

٤٤- النظريـة العامة لإثبات موجبات الحدود، عبدالله العلي الركبان (بيروت: مؤسسـة الرسالة، ط١، ١٤٠١هـ-١٩٨١م).

٤٥- نهايـة المحتاج إلى شرح المنهاج، ابن شـهاب الرملي (مـصر: مكتبة مصطفى البابي الحلبي، ط٢، ١٣٨٦هـ- ١٩٦٧م).

٤٦- نهايــة المطلب في دراية المذهــب، عبدالملك بن عبدالله بن يوســف الجويني، تحقيق عبدالعظيم الديب (جدة: دار المنهاج، ط٣، ١٤٣٢هـ-٢٠١١م).

٤٧- الهداية في شرح بداية المبتدي، برهــان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط١، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م).

٤٨- وســائل الإثبات في الشريعة الإســلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، محمد الزحيلي (بيروت: مكتبة دار البيان، الطبعة الشرعية، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م).

٤٩- الوســيط في شرح القانون المدني، عبدالرزاق أحمد السنهوري (القاهرة: دار النهضة العربية، ط١، ١٩٧٢).

